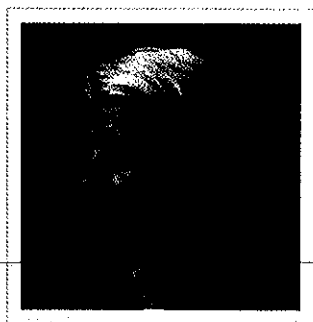


ENTRETIEN

Marie-Anne Frison-Roche



Consolider les liens de confiance par la régulation

Agrégée des Facultés de droit, Marie-Anne Frison-Roche est professeur titulaire à Sciences Po Paris où elle a notamment créé le Master de droit économique, le Forum de la régulation, la Chaire régulation et le Concours international d'arbitrage de Paris. Elle y enseigne actuellement le droit de la régulation, qu'elle a fondé en France. À travers ses écrits et conférences elle construit une théorie commune au droit, à l'économie et à la politique, selon laquelle le droit de la régulation est ce qui répond aux phénomènes mondiaux. Elle conseille entreprises, professions, gouvernements et institutions publiques pour mener les transformations que ce droit traduit et implique. Elle dirige le *Journal of Regulation* (JoR). Marie-Anne Frison-Roche est auteur ou co-auteur de très nombreux ouvrages, parmi lesquels *Les 100 mots de la régulation* (PUF, Que sais-je ?, 2010), *Les grandes questions du droit économique* (PUF, coll. Quadrige, 2005) ou *Internet, espace d'interrégulation - dir., (Journal of Regulation - Dalloz / 2016).*

www.mafr.fr

Marie-Anne Frison-Roche

Vous avez écrit que le droit et la confiance vont mal ensemble, voire que le droit est « l'expression » et aussi « l'instrument de la défiance ». Lorsqu'il y a relation de confiance, le juridique doit-il rester à la porte ?

Plus j'observe et plus je le pense : si nous vivions dans une société où les relations entre les personnes étaient toutes imprégnées de confiance, comme c'est généralement le cas dans une famille entre les parents et les enfants, nous pourrions en effet nous passer du droit. Là où les relations sont cimentées par des contrats moraux comme le sont les codes d'honneur, il n'est nul besoin de règles objectives et contraignantes extérieures aux personnes. Mais dès qu'il y a de la défiance, il y a besoin du droit. Et nos sociétés modernes sont minées par la défiance. Ne serait-ce que par la multiplication des droits subjectifs, ces prérogatives juridiques de tout le monde contre tout le monde, ce qui nous rend ennemis de tout un chacun. Il y a donc de moins en moins de confiance. Et de plus en plus de droit. Faut-il vraiment s'en réjouir ?

Avec le contrat, ne sommes-nous pas déjà dans le champ du droit ?

Je n'ai évoqué que la notion de « contrat moral », lequel exprime la confiance. Pris dans son sens juridique, le contrat est le mécanisme par lequel nous donnons notre parole, qu'un juge éventuellement nous

obligera ensuite à tenir. Cet acte qui nous engage formellement vis-à-vis d'autrui est le signe même de la défiance puisqu'il suppose que sans cette perspective de contrainte, nous ne tiendrions pas notre engagement. Par exemple, si vous prêtez de l'argent à un parent ou un ami en qui vous avez pleinement confiance, vous pouvez vous passer de cette sécurité contractuelle, de cette protection potentielle qu'offre le juge ou l'arbitre : l'affection, la loyauté, la déférence, la confiance, l'honneur, suffiront et le droit n'est pas requis. Mais si vous prêtez de l'argent à quelqu'un avec lequel vous n'avez cette relation si particulière, le contrat au sens juridique est l'instrument idoine. En effet, au-delà de cette « petite loi contractuelle » entre ces personnes qui se lient par leur volonté dans un rapport d'obligation, il y a la « grande loi » votée par le Législateur qui a posé le principe général de la force obligatoire des contrats : si je me suis engagé aujourd'hui, il faudra que je m'exécute demain, même si j'ai changé d'avis. Ainsi, même si je n'ai pas confiance en mon semblable, je sais dès aujourd'hui comment il doit se comporter car il est assujéti à la même loi que moi. Le droit a brisé l'incertitude propre au temps.

L'idée de confiance suppose-t-elle une notion de réciprocité, d'intérêt mutuel ?

On peut en effet dire que dans tout échange entre une part de calcul : je me dis que l'autre va servir mon intérêt parce qu'il sait

que j'ai moi-même intérêt à servir le sien. Ce calcul est le fait d'un acteur rationnel qui sait analyser la situation et anticiper dans une relation d'interdépendance. Mais la confiance ce n'est pas cela : c'est un crédit que je fais à une personne en tant que telle, pour ce qu'elle est, ou bien en raison de son appartenance à un groupe qui lui donne sa crédibilité, ou bien en considération des valeurs qu'elle incarne. Il n'y entre pas de calcul d'intérêts. Sinon, il ne faudrait faire confiance qu'aux ordinateurs, machines plus aptes que nous à manier les probabilités.

Faire confiance, c'est donc s'en remettre à l'autre ?

Absolument. Si un père ou une mère invite son enfant âgé de un ou deux ans à se mettre debout et à faire ses premiers pas, généralement, celui-ci le fait. Ce n'est pas qu'il n'a pas peur de tomber : il n'a jamais marché, pour lui c'est l'inconnu. Mais il a confiance en celui ou celle qui l'aime et l'a toujours protégé. Il sait que les bras de Papa ou Maman vont le rattraper, donc il s'en remet à eux, il est sûr qu'il en résultera un bien pour lui. Et il marche. Le goût de l'inconnu et le sourire des parents le font avancer. Je pense que cette confiance n'est pas propre aux humains, elle est présente chez tous ceux que l'on appelle désormais des « êtres sensibles ». Dans nos sociétés, ces liens de confiance sont affaiblis, ou pervertis, si par exemple la confiance se transforme

en sentiment communautaire, contre lequel le droit doit lutter. Le droit doit au contraire repérer les liens de « bonne confiance » pour les consolider et les amplifier. Le droit doit faire que par principe le « grand » ne puisse abuser du « petit », ni le puissant du faible, même s'ils y ont intérêt, alors que la situation le permettrait. La puissance du droit bloquera la puissance du fait, par ordre de la loi ou par la force obligatoire du contrat.

Plus on se fie aux autres, et moins on a besoin de procédures.

Peut-on dire que la confiance, c'est ce qui évite de tout formaliser ?

En tout cas la confiance n'est certainement pas une notion technocratique. Si j'ai confiance en quelqu'un je ne vais pas lui demander de me communiquer, avant même qu'il n'agisse, toutes sortes de documents visant à prouver et garantir sa crédibilité. Supposons que je sois malade et fasse appel un médecin : je ne vais pas exiger de voir ses diplômes avant de me confier à lui ; je lui demanderai éventuellement des comptes après, s'il m'a mal soigné, mais pas avant. La bonne gestion du temps y gagnera.

Dans une relation de confiance on est ainsi dans l'*ex post*, le contrôle intervient si besoin après les faits, après les comportements. Alors que dans une société de défiance on est dans l'*ex ante*, la vérification s'opérant au préalable. C'est clairement notre société actuelle,

Marie-Anne Frison-Roche

FRISON-ROCHE

où cela se traduit par une multiplication de règles et de formalités. Non seulement ces contrôles *ex ante* coûtent cher, mais ils entravent ou bloquent l'action, qui ne peut débiter avant le satisfecit préalable. Cela produit un effet pervers : en accumulant les procédures on finit par détruire ce qui reste de confiance, car à force de contrôler on finit toujours par trouver quelque chose, un défaut qui valide l'hypothèse de départ : « j'avais raison de ne pas avoir tout à fait confiance », dira le contrôleur, justifiant ainsi l'enrayement de toute action.

« Des formes particulières d'échanges intègrent la notion de temps... et ne peuvent perdurer sans confiance. »

En matière économique et financière,
le fonctionnement des marchés est-il basé
sur la confiance ?

La notion de durée est ici essentielle. Dans un marché instantané de biens et services, la confiance n'est pas requise. L'opération économique d'échange repose sur une opposition d'intérêts. L'acheteur a intérêt à payer le moins cher possible pour un produit de la plus grande qualité possible, et le vendeur a intérêt à vendre le plus cher possible une prestation qui lui coûte

le moins cher possible. Le droit est là pour sanctionner *ex post* si l'échange ne se fait pas dans le respect des règles de la concurrence et des lois protégeant les acteurs. Ceux-ci ne se connaissent pas nécessairement et n'ont pas vocation à se revoir après. Rien ne les incite à prendre en compte l'intérêt de l'autre. Dans ce marché pur, tel que l'a défini Adam Smith, il n'y a pas d'*intuitu personae* ni de construction d'une relation dans le temps.

Il en va autrement lorsqu'on introduit de la durée : si j'ai intérêt à ce que vous soyez toujours mon client demain et après-demain, je prendrai en compte votre propre intérêt ; non parce que je vous aime ou par empathie, mais parce j'ai besoin de poursuivre notre relation (« *contrat relationnel* »). Pour cela il faudra que je mérite et obtienne votre confiance. Prenons un exemple concret. Vous êtes sur la route de vos vacances et vous vous arrêtez pour prendre un repas sur la pouce dans un restaurant où vous ne reviendrez sans doute jamais. Bien sûr, vous devrez régler la note, mais entre vous et le restaurateur la confiance ne va pas jouer un rôle central. Alors qu'avec le patron du bistrot où vous déjeunez chaque jour près de votre lieu de travail, vous nouez un contrat relationnel. Le café sera pour vous souvent gratuit, etc. De nombreuses formes particulières d'échanges intègrent cette notion de temps. Les relations avec votre banque, avec votre fournisseur habituel, avec l'entreprise qui construit votre

maison ou avec votre médecin de famille, par exemple, s'établissent dans la durée, peut-être sur plusieurs générations. Elles ne peuvent perdurer sans confiance. Le reproche que je ferais à la conception du droit de la concurrence par la Commission européenne est de concevoir le droit de la concurrence à trop court terme, comme si le temps n'existait pas, comme si plus un marché est mobile, et meilleur il est. D'où son manque de considération pour les professions libérales. Or celles-ci amènent de la confiance dans la durée. C'est certes coûteux et inutile pour des relations de l'instant mais indispensable à l'économie dans la durée.

Pourquoi avons-nous besoin de réglementations ? S'agit-il d'injecter cette confiance qui manque dans les relations et les échanges ?

Il convient de distinguer plusieurs types de régulation. Selon le modèle de ce qu'il est convenu d'appeler « la loi du marché », l'offre et la demande s'ajustent naturellement si la libre concurrence est assurée. Mais celle-ci peut être faussée, notamment par l'existence de monopoles. Une première forme de régulation économique, transitoire, consiste donc à assurer le passage d'un système monopolistique, souvent public, à un système plus libéral. Les Britanniques ont été les premiers à dire que cette régulation avait pour premier objet d'établir la confiance, nécessaire quel que soit le secteur ouvert

à la concurrence – non seulement banque, assurance, mais encore télécoms, énergie, transports, médias, etc. En effet, la puissance des anciens monopoles qui détiennent l'information peut dissuader l'arrivée des potentiels compétiteurs. L'autorité de régulation a donc pour mission de donner confiance en diffusant cette information aux nouveaux acteurs, afin d'inciter ceux-ci à entrer sur le marché.

Dans une deuxième forme de la régulation, on utilise ces institutions (régulateur) et mécanismes (tarification ou profession *ad hoc*) pour pallier une défaillance technique ou structurelle conduisant d'une façon définitive à un dysfonctionnement du marché.

Mais il en existe un « troisième type », que l'on rencontre plus souvent en France qu'Outre-Manche, dont la définition n'est plus seulement économique : il s'agit de construire un équilibre entre des marchés ouverts – et donc par nature exclusifs –, et l'accès de tous à des biens communs et droits fondamentaux. La régulation prend alors une dimension politique. Il appartient à l'État, en tant que garant du futur du groupe social qu'il incarne, de définir et mener dans différents domaines – l'éducation, la culture, la santé, la sécurité, l'agriculture, l'environnement, etc. – des politiques publiques qui ne suivent plus seulement la logique du marché et préservent l'intérêt général plus largement défini que la

Marie-Anne Frison-Roche

satisfaction du consommateur. Le régulateur agit dans ce cas dans une triangulation entre droit, économie et politique. Je pense que nous devons revendiquer ce type de régulation. Cela pose là encore la question de la façon dont est bâtie l'Union européenne. L'Europe ne peut se réduire à l'économie. L'être humain ne peut pas vivre uniquement comme un producteur ou un consommateur de biens et de services. L'avenir de l'Europe est en grande partie dans cette question.

Comment un régulateur peut-il obtenir et garder la confiance des marchés, de leurs acteurs et des citoyens ?

Il doit être avant tout un technicien, un expert du domaine dans lequel il exerce ses pouvoirs, notamment ceux d'agréer, de contrôler et de sanctionner. L'exercice de cette compétence, observé par tous, lui donne sa légitimité. Il n'est pas élu et n'a pas vocation à l'être, sa mission consistant à mettre en œuvre des choix arrêtés antérieurement par le pouvoir politique. Il doit le faire avec autorité – on parle à juste titre d'« autorités de régulation » –, laquelle se nourrit de différents éléments : le régulateur doit posséder un certain charisme, être capable « d'en imposer », tout en se montrant impartial et en motivant des décisions, comme le ferait un juge, décisions qu'il doit prendre d'une façon transparente. On est proche de la description d'une sorte de héros... On comprend que

désormais ces autorités soient davantage des structures collégiales, pour répartir le poids de telles exigences accumulées et parfois contradictoires, mais toutes nécessaires, notamment parce que le régulateur semble avoir tous les pouvoirs.

Le rôle du tiers de confiance qu'est le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable est-il assimilable à celui d'un régulateur ?

Ces professionnels entrent dans une entreprise pour estimer si le bilan permettra aux parties prenantes de bien se représenter l'état passé, présent et futur de la société, afin que les acteurs puissent ensuite ajuster leurs propres comportements, prendre leurs risques en connaissance de cause. En cela, ils jouent un rôle de régulation de second niveau, le premier niveau étant assuré par les autorités publiques de régulation, notamment l'Autorité des marchés financiers (AMF) si la société est cotée. Les deux niveaux sont articulés et nécessaires au fonctionnement de la chaîne de confiance.

Faut-il craindre que le développement des échanges numériques remette en question cette fonction de tiers de confiance ?

Les professionnels du chiffre sont, comme tous, bousculés par la désintermédiation dans leur pratique, leurs outils et leur organisation. S'ils veulent maîtriser leur avenir et non pas le subir en négociant par simple « réaction »

face aux changements, il ne suffira pas qu'ils s'arc-boutent sur leur statut. Il leur faut s'adapter aux nouvelles technologies et en tirer avantage sans rester sur la défensive. La confiance dont ils sont investis est en cela une très grande chance. Elle est un fait, il s'agit de la cristalliser davantage encore en droit. La confiance dont ils sont dépositaires doit être confortée par une parole claire, cohérente, essentiellement portée par la profession, en adéquation avec la mission confiée par le politique. Je suis pour ma part persuadée que l'organisation d'avenir dans un système où la notion de frontière est remise en cause, ce sont les professions. Nous vivons une époque où la question de base de la théorie des jeux, « à qui se fier ? », est plus que jamais d'actualité. Comme le marché, le monde numérique est un espace sans limite et sans corporéité, capable de broyer les humains. Dans l'immense champ de possibles qui s'ouvre à nous, il y aura de nombreux gagnants mais aussi de plus en plus de risques, de plus en plus de victimes. Il est urgent de remettre à la fois du droit et de la confiance dans cet univers immatériel et illimité. Cela passera impérativement par des personnes qui régulent et garantissent des tiers de confiance. Je ne crois pas à la légitimité des seuls opérateurs dans ce rôle, encore moins à la seule sécurité mécanique des machines et des logiciels. On ne fait confiance qu'à des personnes.

• • • • •

« Dans l'univers numérique, il faut régulateurs et tiers de confiance. Je ne crois pas aux seuls opérateurs dans ce rôle, encore moins à la seule sécurité mécanique des logiciels. On ne fait confiance qu'à des personnes. »